臺灣高等法院民事判決

107年度重上字第823號

上　訴　人　光盛營造股份有限公司
法定代理人　柯俊吉
訴訟代理人　謝建弘律師
　　劉雅洳律師
上　訴　人　臺北市政府工務局衛生下水道工程處
法定代理人　李建賢
訴訟代理人　張珮琦律師
複代理人　林志錡律師

上列當事人間請求返還履約保證金等事件，兩造對於中華民國107年5月31日臺灣臺北地方法院102年度建字第19號第一審判決，各自提起上訴，上訴人臺北市政府工務局衛生下水道工程處並為訴之追加，本院於108年8月6日言詞辯論終結，判決如下：

主　文

原判決關於駁回上訴人光盛營造股份有限公司下列第二項之訴部分，及該部分假執行之聲請，暨上訴人光盛營造股份有限公司上訴部分訴訟費用之裁判均廢棄。

上訴人臺北市政府工務局衛生下水道工程處應再給付上訴人光盛營造股份有限公司新臺幣貳仟壹佰伍拾壹萬貳仟肆佰肆拾壹元，及自民國一0二年一月十六日起至清償日止，按週年利率百分之五計算之利息。

上訴人光盛營造股份有限公司之其餘上訴、上訴人臺北市政府工務局衛生下水道工程處之上訴及追加之訴均駁回。

關於上訴人光盛營造股份有限公司上訴部分之第一、二審訴訟費用，由上訴人臺北市政府工務局衛生下水道工程處負擔五分之二，餘由上訴人光盛營造股份有限公司負擔；關於上訴人臺北市政府工務局衛生下水道工程處上訴部分之第二審訴訟費用（含追加之訴部分），由上訴人臺北市政府工務局衛生下水道工程處負擔。

本判決第二項所命給付部分，於上訴人光盛營造股份有限公司以新臺幣柒佰壹拾柒萬壹仟元或等值之大眾商業銀行無記名可轉讓

定期存單供擔保後得假執行；但上訴人臺北市政府工務局衛生下水道工程處如以新臺幣貳仟壹佰伍拾壹萬貳仟肆佰肆拾壹元或等值之台北富邦商業銀行無記名可轉讓定期存單預供擔保，得免為假執行。

上訴人臺北市政府工務局衛生下水道工程處追加之訴部分之假執行聲請駁回。

事實及理由

壹、程序方面：

一、本件上訴人臺北市政府工務局衛生下水道工程處（下稱北市衛工處）之法定代理人原為陳世浩，嗣於民國（下同）107年7月3日變更為張郁慧，復於107年10月27日變更為李建賢，並先後具狀聲明承受訴訟等情，有聲明承受訴訟狀、臺北市政府107年6月29日府授人任字第1072114020號函、107年9月28日府人任字第1072130849號函附卷可稽　見本院卷㈠第59頁至第61頁、第89頁至第90頁、第99頁∨，經核並無不合，應予准許，合先敘明。

二、本件上訴人光盛營造股份有限公司（下稱光盛公司）就承攬北市衛工處「第八期分管網工程第四標○○○區○○路集污區聯絡管）」（下稱系爭工程）除本件訴訟，係以兩造間所簽訂臺北市政府工務局衛生下水道工程處工程採購契約（下稱系爭契約）第9條第1項、第12條第3項、契約變更協議書第1條第2項約定，及民法第227條之2第1項規定為請求權基礎，請求北市衛工處給付估驗計價款、物價調整款，並返還履約保證金外，另依系爭契約第11條第3項申請展延工期約定，請求展延工期，並依系爭契約第29條契約變更設計增加工作數量計價約定、民法第490條、第491條、第227條之2第1項規定，請求北市衛工處給付管理費、安全措施費、勞工安全及環境衛生設施費用、工程保險費、工程品管補助費、薪資與租金等直接費用、營業攤提之間接費用（案號：臺北地院100年度建字第103號）；及依施工補充說明書第3章潛盾施工第2點、系爭契約第29條、民法第227條之2第1項規定

，請求北市衛工處給付潛盾掘進費用、潛盾機遭遇不同地質條件及展延工期所生額外費用、人工挖掘31m費用、鋼環片費用、發進井施作因展延工期及遭遇大孤石額外發生費用、圓形推進井追加施作費用（案號：臺北地院101年度建字第51號）乙節，有臺北地院100年度建字第103號、101年度建字第51號判決在卷可考　見原審卷㈠第199頁至第237頁、卷㈣第67頁至第88頁Ｖ。經核除有部分數額經光盛公司重複計列，而應予扣除外　詳如下列六、㈡3.⑶所述Ｖ，本件訴訟與其餘2訴訟，光盛公司請求給付之項目及據以主張之訴訟標的法律關係均為個別相異，難謂光盛公司就本件無訴之利益，而有訴訟權濫用之情，北市衛工處抗辯本件屬同一爭執事件之試驗性訴訟，為訴訟制度濫用，無權利保護必要，而無訴之利益云云，應無可採。

三、按被告於言詞辯論終結前，得在本訴繫屬之法院，對於原告及就訴訟標的必須合一確定之人提起反訴。反訴之標的，如專屬他法院管轄，或與本訴之標的及其防禦方法不相牽連者，不得提起。民事訴訟法第259條、第260條第1項分別有明文規定。查，本件光盛公司依系爭契約約定、民法第227條之2第1項規定，請求北市衛工處給付工程款、物價調整款，履約保證金；北市衛工處則於本訴提出逾期違約金、違規罰鍰、漏水試驗及公園復舊之費用、充作違約金之5％估驗計價保留款（含物價調整款）之抵銷抗辯，並以抵銷後餘額於原審為反訴請求，堪認反訴標的與本訴防禦方法有牽連關係，其反訴為合法。

四、次按當事人在第二審不得提出新攻擊或防禦方法。但對於在第一審已提出之攻擊或防禦方法為補充者，不在此限。民事訴訟法第447條第1項第3款定有明文。查，北市衛工處於原審原將系爭工程結算金額5％估驗計價保留款（含物價調整保留款）新臺幣（下同）5,024,538元充作違約金為抵銷抗辯，嗣於本院主張經伊終止系爭契約後結算結果，因光盛公司違約應充作違約金之履約保證金本息2,819,677元為抵銷

抗辯等語　見本院卷㈠第428頁至第430頁ㄚ。核屬北市衛工處於原審已提出防禦方法之補充，與前揭規定並無不合，應准許之。

五、再按第二審訴之變更或追加，非經他造同意不得為之；但擴張或減縮應受判決事項之聲明者，不在此限。民事訴訟法第446條第1項、第255條第1項第3款分別定有明文。又現行民事訴訟法第二審程序並無禁止上訴人擴張上訴聲明之規定，故上訴人在第二審程序，仍得擴張上訴聲明。查，北市衛工處於原審反訴請求光盛公司應給付北市衛工處4,995,183元，及自反訴起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按週年利率5%計算之利息　見原審卷㈥第144頁ㄚ，嗣上訴後，於108年7月8日減縮上訴聲明為請求光盛公司應給付北市衛工處3,686,305元，及自反訴起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按週年利率5%計算之利息　見本院卷㈠第415頁至第416頁ㄚ，復於108年7月17日、同年月19日、同年月29日及同年8月6日變更聲明為請求：㈠光盛公司應給付北市衛工處4,995,183元，及自反訴起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按週年利率5%計算之利息；㈡光盛公司應另給付北市衛工處3,715,660元，及自108年7月19日民事辯論意旨狀繕本送達翌日起至清償日止，按週年利率5%計算之利息　見本院卷㈠第427頁至第428頁、第433頁、第461頁、第474頁ㄚ，北市衛工處前開變更聲明㈠部分係就原減縮後之上訴聲明請求光盛公司給付3,686,305元本息，擴張為請求光盛公司給付4,995,183元本息，此部分核屬擴張上訴聲明範圍；另前開變更聲明㈡請求光盛公司另給付3,715,660元本息部分，則屬擴張應受判決事項之聲明，依上開規定，亦應予准許。

貳、實體方面：

一、光盛公司主張：

㈠伊向北市衛工處承攬系爭工程，兩造並於92年1月2日簽訂系爭契約，約定工程總價為11,160萬元，按實作數量結算工程款。系爭工程於98年7月28日竣工，經北市衛工處核定實際

竣工日為同年10月27日，並於同年12月2日、3日、11日進行初驗，於同年12月30日認初驗合格同意辦理正式驗收。系爭契約第34條約定，工程驗收時發現工程內容與規定不符，倘有拆換困難且未礙安全、美觀及使用需求，即得以減價收受方式處理。伊於岩層推進管線時屢遇安山岩塊，雖致部分管段偏離原設計路徑，惟系爭工程實際最大水深比與實際最大流速，仍符污水下水道管線設計手冊規範，無礙安全及使用需求，且管線深埋於地下15公尺，全線以鋼環片接續組成並內襯混凝土，實有拆換困難之情。詎北市衛工處竟拒絕減價收受，於100年12月16日，逕依系爭契約第40條第1項第3款約定終止系爭契約。依同條第2項約定，北市衛工處行使終止權之要件為未完工，系爭工程既已竣工，北市衛工處終止系爭契約即不合法，仍應依系爭契約第9條第1項、契約變更協議書第1條第2項約定、民法第227條之2第1項規定，給付第74期已估驗計價未發放之工程款201,415元、第75期已估驗計價未發放之工程款21,579元、第75期前歷次估驗計價及物價調整款之保留款4,539,577元、96年物價調整款2,609,588元、第76期未估驗計價工程款30,394,121元、第76期物價調整款13,378,216元。另依系爭契約第12條3項約定，北市衛工處應於工程進度分別達到25%、50%、75%時，無息發還相同比例之履約保證金，或依相同比例解除保證責任；及於工程全部完工經驗收合格且無待解決事項後，無息發還賸餘保證金或解除保證責任全部。伊已依約提供1,166萬元履約保證金連帶保證書，經北市衛工處分別於95年2月3日、96年3月3日各解除25%履約連帶保證責任，惟北市衛工處於工程進度達75%時，並未再解除25%履約連帶保證責任。伊於100年9月27日請求將履約保證金連帶保證書更換為設定質權之銀行定期存款單，經北市衛工處同意而變更為558萬元大眾商業銀行定期存單（編號：XA0000000，下稱系爭定存單），並設定質權。北市衛工處於竣工後2年餘遲未驗收合格，係以不正當行為阻止返還履約保證金之條件成就，依民法

第101條第1項條件視為成就規定，應即向大眾商業銀行為質權消滅之通知，並返還系爭定存單予伊，然北市衛工處竟於101年12月28日實行質權並取得履約保證金本息5,639,355元，依系爭契約第12條第3項約定，北市衛工處應將前開履約保證金本息5,639,355元返還予伊。並為聲明：㈠北市衛工處應給付光盛公司56,783,851元，及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按週年利率5%計算之利息。㈡願以現金或等值之大眾商業銀行無記名可轉讓定期存單供擔保，請准宣告假執行。

㈡另本院104年度建上字第4號給付工程款事件（下稱本院建上第4號判決）就系爭工程下列工項之金額已判決確定：⑴潛盾掘進費（特殊岩盤，800kg/㎠≦Qu≦2,000kg/㎠）部分之結算金額為29,732,694元，扣除北市衛工處已估驗計價部分，伊尚得請求6,384,277元；⑵鋼環片製作及安裝部分之結算金額為34,264,421元，扣除北市衛工處已估驗計價部分，伊尚得請求2,775,968元；⑶DB15afaa發進井（φ60cm,22m排樁擋土）部分之結算金額為7,194,839元，扣除北市衛工處已估驗計價部分，伊尚得請求738,190元；⑷圓形推進井（14M≦H≦16M，特殊岩盤，800kg /㎠≦Qu≦2,000kg/㎠）部分之結算金額為3,172,056元，北市衛工處並未就此工項驗計價，伊得請求3,172,056元；⑸圓形推進井（2.5 M≦H≦5M，特殊岩盤，800kg/㎠≦Qu≦2,000kg/㎠）及圓形推進井（5M≦H≦7M，特殊岩盤，800kg/㎠≦Qu≦2,000kg/㎠）部分之結算金額為1,027,516元，北市衛工處並未就此工項驗計價，伊得請求1,027,516元。北市衛工處自行製作之工程點檢結算明細表，將伊於本院建上第4號判決請求之前開潛盾掘進費、鋼環片製作及安裝、DB15afaa發進井、圓形推進井（14M≦H≦16M）、圓形推進井（2.5M≦H≦5M）、圓形推進井（5M≦H≦7M）等工項列入結算，並與本院建上第4號判決為不同主張，已違反重複起訴禁止原則。又本院建上第4號判決判命北市衛工處應給付伊15,648,788元，北

市衛工處僅就其中之9,913,029元聲明上訴，未上訴之5,735,759元已判決確定，且於該案為抵銷抗辯亦經駁回確定。另北市衛工處主張本院建上第4號判決判命北市衛工處應給付伊5,735,759元確定部分，已經北市衛工處以其他債權抵銷云云，並不實在。另兩造間本院101年度建上字第41號展延工期事件（下稱本院建上第41號判決），關於系爭工程展延工期及展延工期費用部分，業經最高法院判決廢棄發回，北市衛工處就系爭工程應予展延工期510日，及給付費用10,137,008元本息。又伊於98年7月28日將系爭工程交付北市衛工處後，納入臺北市整體污水排放系統並聯使用迄今，並未發生容量不足或管線斷裂情事，北市衛工處並無受到損害，且伊履行系爭契約並無過失，故違約金應酌減至0元，或依系爭契約第39條第1項約定，由保留款或履約保證金扣除。另關於臺北市政府裁罰北市衛工處部分，依裁處書上所載行為時間分別為100年1月11日、29日，系爭工程當時處於停工狀態，伊並未施工；縱認有施工，依裁處書所載之行為分別為複驗改善及高程檢測，均非挖掘道路之行為，其中高程檢測更與臺北市道路挖掘管理自治條例第2條第1款規定所稱之管（纜）線、人（手）孔等之新設、拆遷、換修、擴充無涉，臺北市政府前開裁罰並不合法，北市衛工處此部分不得主張抵銷。系爭工程於98年12月31日初（複）驗合格，北市衛工處至遲應於99年2月14日前辦理驗收，惟北市衛工處遲至99年12月9日始辦理驗收，斯時伊配置之工作人員及主要機具皆已離工地，則北市衛工處遲延驗收辦理漏水試驗，衍生額外費用不可歸責於伊，不應由伊負擔。又北市衛工處終止系爭契約並不合法，自不得將系爭工程估驗計價保留款與物價調整保留款5,024,538元充作違約金而為抵銷抗辯等語。

二、北市衛工處則以：

㈠系爭工程預定竣工日為94年5月2日，嗣經伊同意最終核定之預定完工日為96年12月5日，光盛公司遲至98年10月27日竣工，已遲延完工。又依施工補充說明書第1章第14條及第3章

第1條約定，光盛公司應進行鑽探並製作試驗報告，以確認地質岩層狀態，據之選用適當潛盾機，系爭契約詳細價目表已編列地質鑽探及試驗補助費用，惟光盛公司未確實履行鑽探義務選用適當之潛盾機致工程延宕；且依約於置入ϕ1500mm鋼環管線後，自發進井起算應以0.2%斜率緩降至到達井，惟經伊複驗結果，全部路段管底高程起伏不一，僅40M符合圖說，其餘路段皆不合格，倘實際通水將致污廢水積滯無法排放，無法達系爭契約約定使用需求，不符系爭契約第34條減價收受要件，故無從辦理減價驗收。又光盛公司經伊限期改善管線缺失未為修補，伊基於用戶接管工程施工及公共利益，乃於100年12月16日依系爭契約第40條第1項第3款約定終止系爭契約，該終止權之行使並無以未竣工為要件，是伊於竣工後仍得合法行使終止權。另96年物價調整款金額經訴外人即監造單位中鼎工程股份有限公司（下稱中鼎公司）核算後應為2,601,001元，而非光盛公司主張之2,609,588元；至第76期未估驗計價工程款及第76期物價調整款，因光盛公司施作之下水道有97%區域不符規範，故此部分潛盾掘進費應不予計價，僅得就驗收合格部分予以計價，經中鼎公司核算第76期未估驗計價工程款應為9,214,276元。再者，伊辦理驗收時，工程進度雖已達75%，惟驗收不合格部分經催告限期光盛公司改善仍未改善，經伊終止系爭契約，伊得依系爭契約第40條第1項、第12條第1項約定，將工程進度達75%時原應退還之25%（即2,819,677元）及驗收合格應再退還之25%（即2,819,678元）履約保證金，充作違約金而不予發還。退步言之，倘認光盛公司之請求有理由，則伊以⑴光盛公司逾期完工692天、驗收缺失遲未改善逾期343天，合計1,035天，依系爭契約第39條約定，扣罰結算金額20%逾期罰款19,939,098元；⑵伊因光盛公司擅自啟閉人手孔經民眾檢舉致遭主管機關罰鍰11萬元；系爭工程於伊辦理驗收時有漏水缺失，經限期命光盛公司改善，複驗時仍有滲漏現象，經再次催告仍未修補，伊自行僱工辦理漏水試驗支出175,

958元；光盛公司為施作發進井作業所借用之北投9號公園，未於完工後復舊，伊代為完成支出155,000元。依施工補充說明書第1章第15條、第5章第2條、第10章第1條、系爭契約第33條第1項約定、民法第227條第2項規定，上開費用均應由光盛公司賠償；㈢伊已依系爭契約第40條第1項第3款約定終止系爭契約，自得依該款約定於應付工程款內，扣除工程結算金額5%估驗計價保留款（含物價調整保留款）合計5,024,538元充作違約金等為抵銷抗辯等語，資為抗辯。

㈡另反訴主張依系爭工程結算結果，伊前開得向光盛公司請求賠償之逾期違約金、額外支出費用及應扣除之保留款合計25,404,594元，與伊尚應給付光盛公司之結算工程款、履約保證金合計16,693,751元，本院建上第41號判決已判決確定之展延工期所生費用3,175,870元，本院建上第4號判決確定之利息539,790元（即自101年3月13日至北市衛工處行使抵銷權之前1日即103年1月28日止，共687日，按週年利率5%計算之遲延利息），互為抵銷後，光盛公司仍應給付伊4,995,183元　見原審卷㈥第144頁至第145頁、第196頁至第197頁V。並為反訴聲明：光盛公司應給付北市衛工處4,995,183元，及自反訴起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按週年利率5%計算之利息；並願供擔保請准宣告假執行。

三、原審判命北市衛工處應給付光盛公司1,407,783元，及自102年1月16日起至清償日止，按週年利率5%計算之利息，另駁回光盛公司其餘之訴及北市衛工處之反訴，兩造各自對其敗訴部分聲明不服，提起上訴，北市衛工處並於本院為訴之追加。光盛公司之上訴聲明：㈠原判決不利於光盛公司部分廢棄。㈡北市衛工處應再給付光盛公司55,376,068元，及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按週年利率5%計算之利息。㈢願以現金或等值之大眾商業銀行營業部無記名可轉讓定期存單供擔保，請准宣告假執行。並答辯聲明：㈠北市衛工處之上訴及追加之訴均駁回。㈡如受不利判決，願以現金或等值之大眾商業銀行營業部無記名可轉讓定期存單供擔保

，請准宣告免為假執行。北市衛工處之上訴及追加之訴聲明：㈠原判決關於判命北市衛工處給付光盛公司1,407,783元本息，及駁回北市衛工處下列第3項之訴部分廢棄。㈡上開判命給付廢棄部分，光盛公司在第一審之訴及假執行之聲請均駁回。㈢光盛公司應給付北市衛工處4,995,183元，及自反訴起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按週年利率5%計算之利息。㈣光盛公司應另給付北市衛工處3,715,660元，及自108年7月19日民事辯論意旨狀繕本送達翌日起至清償日止，按週年利率5%計算之利息。㈤前開㈢、㈣部分，願以現金或等值之台北富邦商業銀行無記名可轉讓定期存單供擔保，請准宣告假執行。並答辯聲明：㈠光盛公司之上訴駁回。㈡如受不利判決，願以現金或等值之台北富邦商業銀行無記名可轉讓定期存單供擔保，請准宣告免為假執行。

四、兩造不爭執事項：

㈠兩造於92年1月2日簽訂系爭契約，由光盛公司向北市衛工處承攬系爭工程，約定工程總價為11,160萬元，按實作數量結算工程款，有系爭契約在卷可稽　見原審卷㈠第21頁至第39頁ㄚ。

㈡光盛公司以大眾商業銀行所出具擔保金額為1,166萬元連帶保證書充作履約保證金，北市衛工處於95年2月3日、96年3月3日各解除光盛公司25%履約連帶保證責任，累計解除50%責任。光盛公司嗣於100年9月27日請求將履約保證金連帶保證書更換為銀行定期存款單，經北市衛工處同意變更為金額558萬元之系爭定存單，並設定質權予北市衛工處乙節，有北市衛工處95年2月3日北市工衛北字第09430269800號函、96年3月3日北市工衛北字第09630631700號函、100年10月5日北市工衛北字第10035213600號函、光盛公司100年9月27日（100）光營北八字第029號函附卷可參　見原審卷㈠第70頁至第74頁ㄚ。

㈢系爭工程第74期已估驗計價未發放工程款數額係201,415元，第75期已估驗計價未發放工程款數額為21,579元，第75期

前歷次估驗及物調款之保留款數額係4,539,577元　見原審卷㈠第369頁、第377頁ㄚ。

㈣北市衛工處於100年12月16日以光盛公司有經多次催告限期改善複驗缺失，逾期仍未改善之違反系爭契約第33條第2項、第3項約定之行為，依系爭契約第40條第1項第3款約定終止系爭契約，該終止契約函於100年12月20日送達光盛公司等情，有北市衛工處100年12月16日北市工衛北字第10036456300號函、異議書在卷可憑　見原審卷㈠第40頁至第43頁ㄚ。

㈤北市衛工處於101年12月28日就系爭定存單行使質權，取得本息合計5,639,355元之情，有北市衛工處103年1月29日北市工衛北字第10330460800號函在卷可證　見原審卷㈡第285頁至第286頁ㄚ。

五、本件光盛公司主張伊向北市衛工處承攬系爭工程，兩造並簽訂系爭契約，約定工程總價為11,160萬元，按實作數量結算工程款。系爭工程於98年7月28日竣工，經北市衛工處核定實際竣工日為同年10月27日，並於同年12月2日、3日、11日進行初驗，於同年12月30日初驗合格同意辦理正式驗收。伊施作系爭工程雖有部分管段偏離原設計路徑，惟實際最大水深比與實際最大流速，仍符污水下水道管線設計手冊規範，無礙安全及使用需求，且管線深埋於地下15公尺，全線以鋼環片接續組成並內襯混凝土，拆換有困難，依系爭契約第34條約定，北市衛工處得以減價收受方式處理。然北市衛工處拒絕減價收受，並於100年12月16日，逕依系爭契約第40條第1項第3款約定終止系爭契約，惟北市衛工處終止系爭契約，不合同條第2項約定之要件，終止不合法，仍應依約給付第74期已估驗計價未發放之工程款201,415元、第75期已估驗計價未發放之工程款21,579元、第75期前歷次估驗計價及物價調整款之保留款4,539,577元、96年物價調整款2,609,588元、第76期未估驗計價工程款30,394,121元、第76期物價調整款13,378,216元，並依系爭契約第12條第3項約定，

返還履約保證金本息5,639,355元等語；北市衛工處除以前開各詞置辯外，另反訴主張系爭工程結算結果，伊得向光盛公司請求賠償之逾期違約金、額外支出費用及應扣除之保留款合計25,404,594元，與伊尚應給付光盛公司之結算工程款、履約保證金合計16,693,751元，本院建上第41號判決已判決確定之展延工期所生費用3,175,870元，本院建上第4號判決確定之利息539,790元，互為抵銷後，伊得向光盛公司請求給付4,995,183元，並於本院追加主張伊得再向光盛公司請求給付3,715,660元等語。是本件應審酌者厥為：㈠系爭工程管線高程偏差是否符合系爭契約第34條減價收受要件、系爭契約第40條第1項終止權行使是否以未完工為要件、北市衛工處依系爭契約第40條第1項第3款約定終止系爭契約是否合法？㈡光盛公司請求北市衛工處給付第74期已估驗計價未發放之工程款201,415元、第75期已估驗計價未發放之工程款21,579元、第75期前歷次估驗計價及物價調整款之保留款4,539,577元、96年物價調整款2,609,588元、第76期未估驗計價工程款30,394,121元、第76期物價調整款13,378,216元，及返還履約保證金本息5,639,355元，有無理由？㈢北市衛工處主張逾期違約金、違規罰鍰、漏水試驗及公園復舊之費用、充作違約金之5%估驗計價保留款（物價調整款）、及於本院再主張充作違約金之履約保證金本息2,819,677元之抵銷抗辯，有無理由？又抵銷後，光盛公司得請求北市衛工處給付之金額為何？㈣北市衛工處反訴請求光盛公司給付4,995,183元本息，及追加請求光盛公司給付3,715,660元本息，有無理由？

六、得心證之理由：

㈠系爭工程管線高程偏差是否符合系爭契約第34條減價收受要件、系爭契約第40條第1項終止權行使是否以未完工為要件、北市衛工處依系爭契約第40條第1項第3款約定終止系爭契約是否合法？

1.光盛公司主張伊於岩層推進管線時屢遇安山岩塊，致部分管

段偏離原設計路徑，不可歸責伊，且系爭工程實際最大水深比與實際最大流速，仍符污水下水道管線設計手冊規範，不礙安全及使用需求，另工程管線深埋於地下15公尺，全線皆以鋼環片接續組成並內襯混凝土，確有拆換困難情事，應得以減價驗收方式辦理結算云云；為北市衛工處所否認，並辯稱：依施工補充說明書第1章第14條及第3章第1條約定，光盛公司應進行鑽探並製作試驗報告，以確認地質岩層狀態，據之選用適當潛盾機，系爭契約詳細價目表已編列地質鑽探及試驗補助費用，惟光盛公司未確實履行鑽探義務選用適當之潛盾機致工程延宕；且光盛公司依約應於置入ϕ1500mm鋼環管線後，自發進井起算應以0.2%斜率緩降至到達井，惟經伊複驗結果，全部路段管底高程起伏不一，僅40M符合圖說，其餘路段皆不合格，倘實際通水將致污廢水積滯無法排放，無法達系爭契約約定使用需求，不符系爭契約第34條減價收受要件，無從辦理減價驗收等語。經查：

⑴依系爭契約第34條（減價收受）約定：「工程驗收時發現工程內容或乙方（按即光盛公司）使用之材料，與規定不符，不影響其他構造物，而可拆除抽換者，乙方應即拆換，不得要求以扣款處理或延長工期。如不妨礙安全、美觀及使用需求，經乙方檢討並敘明拆換困難原因，送甲方（按即北市衛工處）審核，經同意可不拆換者，得以減價收受方式處理。其在查核金額以上之工程，應先報經甲方之上級機關核准；未達查核金額之工程，應經甲方核准……。」等語　見原審卷㈠第31頁Ⅴ可知，減價驗收須以不妨礙安全、美觀及使用需求，經光盛公司敘明拆換困難原因，送經北市衛工處審核同意可不拆換為要件，而非有拆換困難情事，光盛公司即得請求北市衛工處減價收受。查，系爭工程竣工經北市衛工處於100年1月7日辦理複驗結果，認光盛公司施作之ϕ1500mm管線全線地面不平整，多處管段有積水及淤泥，不符合契約規定需改善之情形；另經抽驗竣工圖ϕ1500mm管線（總長度664m）管底高程僅管線

長度45m~55m、75m~105m兩處符合契約規定，其餘部分均不符合契約規定等情，有日期為100年1月7日之驗收紀錄附卷可稽　見原審卷㈠第238頁至第242頁ㄚ。且依施工剖面圖　見原審卷㈠第263頁至第264頁ㄚ可知，系爭工程置入ϕ1500mm鋼環管線後，自DB15afaa發進井開始起算，管線管底高程應為4m（高程INV＝4.00，即高於海平面4m），之後以斜率0.2％之比例緩降（即S＝0.2）至DB15到達井，到達井管底高程應為2.7m（高程INV=2.7，即高於海平面2.7m）。惟經訴外人天中天工程有限公司測量成果報告所檢附之斷面圖顯示，實際管底高程起伏不一，且非自發進井緩降至到達井　見原審卷㈠第274頁ㄚ。又光盛公司施作之管路是否符系爭契約所定設計使用需求乙節，經社團法人台北市水利技師公會（下稱北市水利技師公會）鑑定結果：「四、本工程驗收成果水理檢核：……本工程完工管線有多處逆坡情況，涉及較為複雜之水理現象，故採用美國EPA發展SWMM模式進行分析，以檢核管內況。以工程設計時計畫流量模擬成果顯示，受制於天母西路13巷及近中山北路處渠底隆起，管內形成自天母西路41巷往上游約450m及自中山北路往上游約150m二主要逆坡段，其中天母西路41巷附近函管出水高明顯不符規範要求（20％管徑，150mm× 20％＝30mm），最大流速則大致介於0.5~3.2m/sec，流速較高處分別位於5巷上游及近中山北路處渠底隆起處下緣水流跌降處……以20％出水高為容量設計依據，則本函管1.5m內徑條件下，在0.3m（1.5× 20％）出水高情況下，可倒推得本系統符合之通水能力；另將驗收缺失改善工程中天母北路及41巷分流效果納入考量，則（13巷前）之集污尖峰流量自0.829CMS降至0.364CMS（0.829CMS扣除原天母北路入流量0.465CMS），則以此二流量比對流量-水位圖，可得本系統在缺失改善工程前、後集污條件下，系統容量分別為原始規劃之12％及改善後之28％。」、「五、淤積對於各收集管網接入之影響：天母西路13巷及

近中山北路處渠底隆起必然導致其上游形成呆水位，將致其易於淤積，圖11顯示83巷、天母北路、41巷及5巷接入管與淤積線關係，其中除5巷處接入管較不易受淤積線影響，83巷及天母北路接入管呈部分埋入預期淤積線內情況，而41巷預定接入管則完全沒入預期淤積線內。為處理天母北路及41巷接入管埋入預期淤積線內情況，驗收缺失改善所施作天母北路分流工程及41巷分管改建工程可避免接入管埋入預期淤積線問題，惟其它接入管部分斷面仍將處於極易淤積情況。」、「柒、責任分析：……經前節設計水理檢核，已知原設計尚可符合相關規範要求，故在排除設計疏失後，管路施作高程偏差應屬工程施工階段之施工品質管理問題……三、施工廠商責任：潛盾隧道施工後幾乎不可能有調整線型機會，因此應儘早掌握線型偏離計畫路線狀況，及早修正潛盾機之推進方向尤其重要。依施工補充說明書第3章第11點：『潛盾掘進過程中，為及早發現潛盾蛇行、回轉偏向等現象，除於隧道內裝置測量儀器隨時校正外，每日至少做一次坑內精準測量，並隨時量測其偏差量，紀錄於工程日報表內，送甲方（按即北市衛工處）工地工程司核閱。』。依施工補充說明書及施工廠商（按即光盛公司）所提送品質計畫書，潛盾作業精度管理標準為上下縱向± 20mm，據此標準則全工程97%區域均不符規範標準。且路線精度控制應於工程日報表及月報表中呈現，惟直至驗收階段才呈現管底嚴重偏差情事，施工中品質管理作業不實情況至為明顯。而施工廠商施設成果不符水理要求部分有二，其一是主幹管在無淤積情況下，出水高及流速均不符相關規範要求，其二是由於管底隆起造成呆容區將極易造成淤積情況，一旦發生淤積時，將造成各接入管排入困難問題。四、非可歸責於各方責任：……本工程所在區域地質屬安山岩塊夾砂質粉土層，更可能因安山岩塊分布不均勻情況造成抽點鑽探無法掌握地質全貌，地質變異因素在區段工程實務中可歸類於非可歸責於乙方（

按即光盛公司）情事。……承包商施工經驗能力則為是否能成功克服本地特殊地質之關鍵；若承包商具備充分經驗選擇並駕馭潛盾機頭，並能時排除地下障礙，則Qu值對本案潛盾工法之影響應為工率下降……然而工率下降並不致影響施工廠商潛盾作業精度管理，故地質異變雖然非可歸責於乙方情事，然而與本鑑定關注的管底線形不良並無絕對相關。」、「捌、結論：一、……依施工補充說明書，潛盾作業精度管理標準為上下縱向± 20mm，據此標準則全工程（總長664公尺，不符長度644公尺）97%區域均不符規範標準，故本工程不符合契約約定。經水理評估，在計畫流量下本工程管線雖部分呈滿管流況，但無冒孔情事，故並無妨礙安全通水之虞；本工程瑕疵所在因位於地下，亦不涉及美觀問題；但就使用需求而言，其不符合污水下水道重力排放原則，出水高度不足將增加腐蝕管壁且因此無預留適當餘裕量以備污水遽增等狀況，即無法達到功能有效使用需求。潛盾施工的改善需在施工過程逐日修正蛇行現象，一但完工則主體結構已無再修回原線形之可能，後依『驗收缺失改善方案會議』所採取後續改善措施，包括1.天母北路分流工程；2.天母西路41巷分管改建工程；3.聯絡管內順向坡鋪築工程。其中1、2項工程係以變更排入分管方式減少支管排入，並無法完全解決本鑑定案工程功能減損問題，第3項工程則為後續清淤工作必要配合措施，對水理功能並無助益。二、……依前項說明，本工程不符合契約之約定，水理上亦無法達到原設計使用需求。本工程在驗收無法通過後，共進行三項缺失改善方案，分別用以減少本工程承水負荷及預為後續清淤工作必要配合措施。而雖經上述缺失改善，仍極易淤積，日後需持續清淤以維持本工程剩餘功能。潛盾工程一經施作後無法拆換，且經相關缺失改善工程後（12%效能提升至28%），改善效果有限，改善後效能距離原預期效用（100%）甚遠，故應不符減價收受要件。」等語，此有北市水利技師公會鑑

定報告在卷可參　見原審卷㈢第249頁至第256頁ｖ。顯見光盛公司未依系爭契約約定確實履行鑽探義務，並選用適當之潛盾機施作，致潛盾掘進工程推進管線時遇安山岩塊，使施作完成之ϕ1500mm鋼環管線部分管段偏離原設計路徑，管線實際管底高程起伏不一，且非自發進井緩降至到達井容易造成污廢水淤積，無法順利排放，全長有97％區域不符系爭工程規範標準，集污廢水容量僅有原設計規劃之12％效能，縱經施作前述3項缺失改善方案工程，改善後之效能僅提升至28％，改善效果有限，管線管底仍極易淤積，日後需持續清淤以維持本工程剩餘功能，無法達原設計使用需求，不符系爭契約第34條所定「不妨礙使用需求」減價收受之要件。是光盛公司主張系爭工程部分管段偏離原設計路徑，不可歸責伊，且系爭工程實際最大水深比與實際最大流速，仍符污水下水道管線設計手冊規範，不礙使用需求，應得以減價驗收方式辦理結算云云，並無可採。

⑵光盛公司以訴外人溫宏鍊水利工程技師簽證報告記載：「⑶原設計最大水深比為0.2，從水理分析結果顯示，絕大分管段之水深比均小於0.8，符合污水下水道管線設計手冊，水深比小於0.8的需求（僅於管段L36及L37（里程350m~370m，長度共20m）之水深比值為0.805），但未有造成壓力流或滿管之情況，尚可符合重力流之設計要求。⑷原設計最大設計流速為1.17m/sec，從水理分析結果顯示，最大流速為2.592m/sec，符合污水下水道管線設計手冊，流速小於3.0m/sec的要求」等語　見原審卷㈠第67頁ｖ，主張伊完成之污水管線既符該手冊所定數值，而可達收集排污之管線功能，故應減價收受云云。然按鑑定為調查證據方法之一種，當事人因裁判上確定事實所需之證據資料而行鑑定時，參照民事訴訟法第376條之1第1項、第326條第2項前段及第270條之1第1項第3款、第3項之規定，得於起訴前或訴訟進行中，就鑑定人、鑑定範圍、鑑定方法等

事項加以合意；此種調查證據方法所定之證據契約，兼有程序法與實體法之雙重效力，具紛爭自主解決之特性及簡化紛爭處理程序之功能。倘其內容無礙於公益，且非屬法院依職權應調查之事項，及不侵害法官對證據評價之自由心證下，並在當事人原有自由處分之權限內，基於私法上契約自由及訴訟法上辯論主義與處分權主義之原則，自應承認其效力，以尊重當事人本於權利主體與程序主體地位合意選擇追求訴訟經濟之程序利益（最高法院102年度台上字第246號民事判決意旨同此見解）。本件光盛公司固於起訴時提出其自行委請溫宏鍊水利工程技師鑑定所作之前開報告，主張伊完成之污水管線既符該手冊所定數值，而可達收集排污之管線功能，故應減價收受云云。惟兩造於原審已合意由法院囑託北市水利技師公會為鑑定機關，且關於光盛公司施作完成之φ1500mm鋼環管線是否符合系爭契約約定，有無達到契約設計管線使用需求，光盛公司能否依系爭契約第34條規定，請求減價收受等爭議事項，為兩造合意北市水利技師公會鑑定之事項　見原審卷㈡第161頁至第162頁、第222-3頁至第222-8頁Ｖ，揆諸前開說明，兩造就上開鑑定事項，自應受北市水利技師公會鑑定結果之拘束，以簡化紛爭。是光盛公司執上開溫宏鍊水利工程技師簽證報告主張伊完成之污水管線既符該手冊所定數值，而可達收集排污之管線功能，故應減價收受云云，尚乏依據。

⑶光盛公司另提出「84聯絡管設計水理表」　下稱系爭水理表，見原審卷㈢第15頁Ｖ，主張北市水利技師公會所據為鑑定依據之被證44係設計水量圖，已無庸再乘以尖峰係數，然該公會竟再乘以尖峰係數，始得出伊完成之管線流量甚低而不符系爭契約所定需求之鑑定結果，是北市水利技師公會鑑定報告為不可採云云。然查：系爭水理表僅係中鼎工程股份有限公司（下稱中鼎公司）提供予光盛公司修正水理計算報告所檢附之參考資料，此有該公司100年2月

17日鼎能環三字第100021703號函及附件在卷可稽　見原審卷㈢第313頁至第320頁ㄚ。而依北市衛工處105年10月12日北市衛工北字第10534814300號函略稱：「說明：三、本處提供予貴公會（按即北市水利技師公會）之『設計水量圖』所示六處污水口進水量，均係指『尚未』乘入尖峰係數之平均流量……」等語　見原審卷㈥第35頁ㄚ可知，系爭水理表「設計污水量」欄所載流量係指尚未乘入尖峰係數之平均流量。另鑑定人凌邦輝於原審證稱：「　問：（提示3卷第15頁）被告（按即北市衛工處）所提出的系爭水理表，有明確記載當量人口數為47,930人，為何你說本案沒有當量人口數？ㄚ答：此表是比較早期的，當量人口數是跟當時集污區面積有關，因為集污區已經做調整，所以我們認為此表已經不適用，包括當量人口，因為集污區不同，當量人口數自然不同。」、「（問：你有無以系爭水理表作為鑑定基礎？）答：就我的了解，此表後來我們判斷它不是很適用，所以沒有用，不適用的原因，是管徑ϕ1500 mm的管子有它合理的既有通水能力與需求流量，在不同時期規劃的就會有不同管徑寬度之需求。本件鑑定案工程標的是ϕ1500mm，它當然就有它ϕ1500mm要有的合理流量，所以我們認為系爭水理表應該只是某個時期某個階段曾經出現過的規劃流量表，因為事實上，不同時期不同階段所規劃的流量、管徑寬度都可能會因蒐集系統的不同而做調整，例如民國85年時，在這個地方只需要ϕ400mm，後來經過系統的調整，在89年已將該管徑由ϕ400mm修正為ϕ1000mm，目前定案為ϕ1500mm，所以無法直接以該表作為本件鑑定依據。」、「　問：（提示被證44，2卷第220頁）鑑定人是否以被證44作為鑑定報告鑑定之基礎？ㄚ答：基本上是參考這個部分來去做確認，目的是要先把污水量做確認，這裡的污水量應該是平均污水量，就是還沒有乘以尖峰係數的數值，要先蒐集不同資料，後來我們以此資料反算回去，認為比較適合現有的ϕ1500mm，

只是此表沒有乘以尖峰係數。而當時被告在提供時，有跟鑑定機關告知此表需再乘以尖峰係數，經我們乘以尖峰係數再校核後，與ϕ1500mm的管徑流量較為適當。要乘以尖峰係數的原因，是因為生活污水量的產生在時間上不是平均，是有時間上高低差異大小，例如：用水最多的階段可能是在早餐與晚餐，所以需乘以尖峰係數，系爭水理表並非本件污水量開始設計時就有的水理計算表。一個管子作那麼大，結果乘以尖峰係數後，也只用到36%，如果不乘以尖峰係數的話，又是更小的流量，從設計角度以言係不合理，故本鑑定案認應乘以尖峰係數，才是合理之設計流量值。」等語（見原審卷(七)第64頁、第65頁、第67頁ｖ。則鑑定人依其專業經驗及知識，判斷系爭水理表所載設計流量與光盛公司實際施作之管徑明顯不符，而認定該表並非系爭契約所約定之設計流量表，並依實際施作管徑反推合理設計流量，作為本件鑑定依據，並無何謬誤或不合理之處。是光盛公司主張北市水利技師公會鑑定報告不可採云云，尚難憑採。

2.光盛公司另主張依系爭契約第40條第2項約定，可知該條第1項終止權之行使以未完工為要件，是北市衛工處於伊完工後行使該項第3款終止權，即非合法云云。然查，系爭契約第40條第1項約定：「乙方（按即光盛公司）有下列情事之一者，甲方（按即北市衛工處）得不經催告，以書面終止或解除本契約……一、乙方於決標前有政府採購法第103條不得參加投標或作為決標對象或分包廠商之情形者。二、除另有規定者外，乙方逾約定期限仍未開工，或開工後進行遲緩，進度較約定預定進度落後15%者。或施工進度已達85%以後，該時段要徑施工時程已逾原核定進度網狀圖工期15%以上者。三、乙方違反本契約或因可歸責乙方之事由發生不能營運之變故，甲方認定為不能履行契約責任時。四、乙方以支付他人佣金、比例金、仲介費、後謝金、回扣、餽贈、招待或其他利益，促成本契約之簽訂者。」、第2項約定：「乙方如因前

項4款情事之一，遭終止或解除契約時，應即停工，負責遣散工人，其到場屬乙方所有材料、機具、設備等，由甲方通知乙方限期取回而不取回者，視為拋棄，由甲方取得所有權，逕由甲方處理。」等語　見原審卷㈠第33頁至第34頁Ⅴ。依上開第1項第3款、第4款約定之文義觀之，並未限定該2款所定終止或解除契約事由之發生時點，亦即並未限於「完工前」如發生系爭契約第1項第3款、第4款之事由時，北市衛工處始得終止或解除系爭契約。至同條第2項僅係約定，倘北市衛工處行使終止權，而光盛公司尚在施工時，則約明光盛公司所負停工、取回施工器具之善後義務。是尚難以系爭契約第40條第2項停工義務之約定，反推同條第1項終止權之行使應以完工前為限。是光盛公司此部分主張，並無可採。

3.北市衛工處依系爭契約第40條第1項第3款約定終止系爭契約是否合法？

按系爭契約第33條（驗收及缺失改善）第2項約定：「甲方（按即北市衛工處）初驗或驗收時，如發現工程內容與規定不符，除依第34條約定減價收受外，乙方（按即光盛公司）應在甲方指定期限內修改完妥。乙方逾期仍未修改或未處理完妥，甲方得再限期通知乙方改善，乙方逾期仍未改善或拒絕改善，甲方得動用乙方尚未支領之工程款、履約保證金或差額保證金自行或使第三人改正之，如有不足，應由乙方負責賠償。」、第3項約定：「工程初驗及驗收缺點之改善，乙方應在甲方前項第一次指定期限內修改並於改善期限屆滿之次日辦理複驗。複驗不合格時，自該複驗完成之次日起計算至缺點改善完成之日止，均以逾期論，每日處以按結算總價千分之一計算之違約金，併第39條之規定計算。」等語　見原審卷㈠第31頁Ⅴ可知，光盛公司完成之工作倘與系爭工程內容及規定不符，應於北市衛工處指定期限內修改，並於期限屆滿次日辦理複驗。另依系爭契約第40條第1項第3款約定：光盛公司違反本契約或因可歸責於光盛公司之事由發生不能營運之變故，北市衛工處認為不能履行契約責任時，北

市衛工處得不經催告，以書面終止或解除系爭契約等語　見原審卷㈠第34頁ㄚ可知，倘光盛公司未履行系爭契約第33條第2項、第3項初驗或複驗之缺失改善義務，且該義務之違反已達北市衛工處認為不能履行契約責任之要件時，北市衛工處即得依系爭契約第40條第1項第3款約定，不經催告，以書面通知光盛公司終止系爭契約。經查，兩造於98年12月2、3、11日辦理初驗，初驗結果發現DB15afaa-DB15潛盾聯絡管內全線均有污泥淤積未清理，及積水等多項缺失，經北市衛工處當日要求光盛公司應於初驗日起30日內（即99年1月1日止）改善完畢並完成複驗。嗣光盛公司於99年12月29日以（九九）光營北八字第062號書函，申報驗收缺失改善已完成，經北市衛工處以100年1月4日北市工衛北字第09937709300號函同意辦理驗收複驗，兩造於100年1月7日辦理第1次複驗結果，認光盛公司施作之ϕ1500mm管線全線地面不平整，多處管段有積水及淤泥，不符合契約規定需改善之情形；另經抽驗竣工圖ϕ1500mm管線管底高程僅管線長度45m~55m、75m~105 m兩處符合契約規定，其餘部分均不符合契約規定，並經北市衛工處於該日要求光盛公司儘速修繕；嗣於100年1月31日辦理第2次複驗，仍有ϕ1500mm管線全線地面不平整，部分管段有積水，及經抽驗竣工圖與初驗竣工圖不同，竣工圖ϕ1500mm管線管底高程僅管線長度45m~55m、75m~105m兩處符合契約規定，其餘部分均不符合契約規定等，不符合契約規定需改善之情形，北市衛工處並於該日要求光盛公司就缺失須改善部分儘速辦理改善等情，有前開初驗紀錄、驗收紀錄附卷可憑　見原審卷㈠第59頁至第60頁、第239頁至第242頁、卷㈡第122頁至第125頁ㄚ。然迄至北市衛工處100年12月16日終止系爭契約函於同年月20日送達光盛公司前，長達近11個月均未見光盛公司改善完成，顯見光盛公司確有違反系爭契約第33條第2項、第3項所約定缺失改善義務之情事。再者，潛盾施工的改善需在施工過程逐日修正蛇行現象，一旦完工則主體結構已無再修回原線形之可能，光盛公司嗣

後縱依驗收缺失改善方案會議所採取後續3項改善措施，亦僅為用以減少系爭工程承水負荷及預為後續清淤工作必要配合措施，管線管底仍極易淤積，日後需持續清淤以維持本工程剩餘功能，且經相關缺失改善工程後（12%效能提升至28%），改善效果有限，並無法達原設計使用需求乙節，已如前述，堪認系爭工程水理使用效能減損之瑕疵，已難經由修補方式回復至系爭契約預定效用，足認光盛公司已無法履行完成符合系爭契約設計使用需求之污水管線之義務。是北市衛工處以光盛公司就驗收不符合契約規定之缺失，經多次複驗及限期改善，均未辦理改善為由，依系爭契約第40條第1項第3款規定，於100年12月16日以北市工衛北字第10036456300號函對光盛公司為終止系爭契約之意思表示，該函並於同年月20日送達光盛公司，而生終止之效力，此有前開函文及光盛公司之異議書在卷可按　見原審卷㈠第40頁至第47頁Ⅴ，於法並無不合。從而，系爭契約業經北市衛工處於100年12月20日合法終止之情，堪以認定；光盛公司主張北市衛工處終止系爭契約並不合法云云，無可採信。

㈡光盛公司請求北市衛工處給付第74期已估驗計價未發放之工程款201,415元、第75期已估驗計價未發放之工程款21,579元、第75期前歷次估驗計價及物價調整款之保留款4,539,577元、96年物價調整款2,609,588元、第76期未估驗計價工程款30,394,121元、第76期物價調整款13,378,216元，及返還履約保證金本息5,639,355元，有無理由？

1.第74期已估驗計價未發放之工程款201,415元、第75期已估驗計價未發放之工程款21,579元、第75期前歷次估驗計價及物價調整款之保留款4,539,577元部分：

光盛公司主張北市衛工處尚有第74期已估驗計價未發放之工程款201,415元、第75期已估驗計價未發放之工程款21,579元、第75期前歷次估驗計價及物價調整款之保留款4,539,577元未給付等情，已據其提出第74次估驗詳細表、發包工程部分估驗計價單、第75次估驗詳細表等影本為憑　見原審卷

㈠第98頁至第106頁ㄚ，北市衛工處並不爭執（見前開四、兩造不爭執事項㈢ㄚ。是光盛公司此部分請求為有理由。

2.96年物價調整款2,609,588元部分：

本件光盛公司主張伊依契約變更協議書第1條第2項約定，得請求96年物價調整款數額為2,609,588元之情，已據其提出第71期至第75期估驗計價表、營建物價指數超過2.5%調整工程費用明細表、物價指數銜接表等為證（見原審卷㈠第79頁至第109頁ㄚ，北市衛工處則抗辯稱：96年物價調整款數額應為2,601,001元，並提出中鼎公司核算之點驗結算估驗計價單、營建物價指數超過2.5%調整工程費用明細表為憑（見原審卷㈡第271頁至第284頁ㄚ。查，依契約變更協議書第1條第2項約定：「物價調整之適用期限自96年1月1日起至96年12月31日止施作部分之工程款（包含本次契約變更前已辦理估驗之工程款）。」、第10項約定：「物價調整款之計算方式，依行政院96年4月10日函頒『中央機關已訂約工程因應國內營建物價變動之物價調整處理原則』計算方式辦理。」等語（見原審卷㈠第77頁至第78頁ㄚ可知，兩造已約定96年物價調整款，依行政院96年4月10日函頒「中央機關已訂約工程因應國內營建物價變動之物價調整處理原則」計算方式核算。經本院核閱光盛公司所提營建物價指數超過2.5%調整工程費用明細表，及中鼎公司核算之營建物價指數超過2.5%調整工程費用明細表（見原審卷㈠第107頁、卷㈡第281頁ㄚ，可知系爭工程決（開）標月為91年12月，而依兩造以各自陳明之物價指數所核算第71期至第75期之指數增減率所示（詳見附表），兩造所採各開標月、估驗月指數雖有不同，惟其指數增減率幾近相同（僅小數點下第4位略有差異），堪認兩造所採用之指數僅係基期不同（光盛公司係採95年＝100為基期之物價指數銜接表，北市衛工處則採100年＝100為基期之物價指數銜接表）。惟兩造於契約變更協議書第1條第8項既約定：「各期物價調整款應於各該期總指數公布後方予核算。」等語（見原審卷㈠第77頁ㄚ，則於96年

計算物價調整款時，以100年為基期之物價指數尚屬未知，自應以96年物價指數銜接表為計算依據（即95年＝100為基期）。是本件指數增減率應以光盛公司之主張為可採。又系爭工程第71期至第75期之直接工程款依序為5,384,225.08元（5,976,240－592,014.92＝5,384,225.08）、876,044.21元（972,370－96,325.79＝876,044.21）、2,532,621.16元（2,824,490－291,868.84＝2,532,621.16）、190,108元（212,015－21,907＝190,108）、43,969.75（49,030－5,060.25＝43,969.75），此有經兩造簽認之第71至75期估驗計價單及詳細表在卷得憑（見原審卷㈠第83頁、第88頁、第93頁、第101頁、第106頁）。本院依上開數據計出光盛公司得請求之96年物價調整款應為2,609,587元（詳見附表所示），逾前開範圍之請求，則為無理由。至北市衛工處所提核算資料，因未佐以各期直接工程款相關估驗資料，尚難遽採，故其辯稱物價調整款數額為2,601,001元云云，即難憑採。

3.第76期未估驗計價工程款30,394,121元部分：

⑴光盛公司主張第76期未估驗計價工程款係30,394,121元，並提出北市衛工處98年11月11日北市工衛北字第09835470300號函、中鼎公司98年11月5日（98）天母四監字第110504號函、現場數量統計表、第76次估驗詳細表（光盛版與衛工處版）為證（見原審卷㈡第38頁至第45頁、卷㈣第9頁至第12頁）；惟北市衛工處辯稱第76期未估驗計價工程款應為9,214,276元，並提出第76期估驗計價單為佐（見原審卷㈠第286頁至第290頁）。依系爭契約第9條（工程款支付方式）約定：「本工程工程款之支付除另有規定外，依下列約定，乙方（按即光盛公司）按期以估驗表申請估驗計價，經甲方（按即北市衛工處）核實後5日內給付之。一、無預付款：於開工後，每月15日及月終最後1日各申請估驗1次，付給該期內完成工程金額之百分之九十五。」等語（見原審卷㈠第23頁）可知，光盛公司應就其完成之工作，按期於每月15日及月終最後1日向北市衛工處

各申請估驗計價1次，並據以領取估驗計價款。查，光盛公司曾於97年10月31日製作第76期估驗計價單送交北市衛工處辦理估驗計價，然北市衛工處收受後未立即辦理，遲至99年3月至4月始辦理該期計價程序而送交會計室審核，此有卷附估驗計價單工務科估驗章日期「99.3.18」及會計室收文章日期「99.3.18」可參　見原審卷㈠第286頁Ⅴ。又系爭工程係於98年10月27日竣工，有驗收紀錄可稽見原審卷㈠第238頁Ⅴ，是光盛公司自申請估驗計價日即97年10月31日至實際竣工日即98年10月27日之長達近1年期間是否全未施工，而可認光盛公司初始於97年所提第76期估驗計價單即係實際未估驗計價之數量、金額，即有可疑。另光盛公司於系爭工程竣工後數日之98年11月2日即會同監造單位中鼎公司丈量現場施作數量，並將丈量結果通知北市衛工處存查，此有北市衛工處98年11月11日北市工衛北字第09835470300號函、中鼎公司98年11月5日（98）天母四監字第110504號函、現場數量統計表在卷可佐見原審卷㈡第38頁至第45頁Ⅴ。該次現場丈量結果既係光盛公司於竣工後會同監造單位中鼎公司丈量所為，其結果應較光盛公司97年10月31日估驗計價單所示數量，更為接近其最終施作數量。是本件結算實際數量、金額，自應以光盛公司會同中鼎公司丈量所得之現場數量統計表為據；北市衛工處辯稱應以第76期估驗計價單為末期未估驗計價工程款云云，尚無足採。至北市衛工處雖辯稱光盛公司請求之第76期未估驗計價工程款，因其施作之下水道有97%區域不符規範，故該部分潛盾掘進費應不予計價，應僅就驗收合格部分為計價云云。然工作之完成與工作有無瑕疵係屬二事，光盛公司既已完成工作，北市衛工處即應給付報酬；至工作有瑕疵，僅生北市衛工處得否依民法第493條以下規定行使瑕疵擔保權利之問題，其給付報酬義務並不因此解免。是北市衛工處此部分抗辯，尚乏依據。

⑵觀諸光盛公司所提第76次估驗詳細表（光盛版與衛工處版

比較）、現場數量統計表及第75次估驗詳細表　見原審卷㈣第9頁至第12頁、卷㈠第103頁至第106頁、卷㈡第40頁至第45頁∨可知，第75次估驗詳細表「㈤本次累積估驗數量」欄所載數量與第76次估驗詳細表（光盛版與衛工處版比較）「㈥前次累計估驗數樣」欄之數量相符，且現場數量統計表「現場實際數量」欄所載數量與第76次估驗詳細表（光盛版與衛工處版比較）「㈦光盛本次累計估驗數量」欄所載數量一致，則光盛公司於第76次估驗詳細表（光盛版與衛工處版比較）內，以「㈦光盛本次累計估驗數量」扣除「㈥前次累計估驗數量」得出「㈣光盛本次估驗數量」，再將「㈣光盛本次估驗數量」乘以「㈢單價」後，得出「㈨光盛本次估驗金額」，其計算方式並無違誤。是光盛公司所提第76次估驗詳細表（光盛版與衛工處版比較）之計算結果，應屬可信，光盛公司得請求第76期未估驗款金額為37,925,182.13元　見原審卷㈣第12頁∨。

⑶兩造就光盛公司第76期估驗金額與光盛公司另案（即臺北地院101年度建字第51號及本院建上第4號）請求之潛盾掘進費用、鋼環片製作費用、發進井、圓形推進井之費用是否重複計列，本有爭執，惟光盛公司於原審已剔除部分數額，爰逐項論敘如下：

①潛盾掘進（特殊岩盤）（800kg/cm²≦QU≦2,000kg/cm²）部分：

查，第75次估驗詳細表（即75期估驗詳細表）項次一、3「潛盾掘進（特殊岩盤）（800kg/cm²≦QU≦2,000kg/cm²）」載明累計估驗數量係366公尺　見原審卷㈠第103頁∨，而現場數量統計表所載之現場實際數量為663.3公尺　見原審卷㈡第40頁∨，計出未估驗數量為297.3公尺（計算式：663.3－366＝297.3）。又光盛公司於另案（即臺北地院101年度建字第51號及本院建上第4號）已請求其中OK＋632m至OK＋663.3m共計31.3m部分之工法由潛盾掘進變更設計為人工挖掘部分之費用，於本

件請求扣除前開人工挖掘31.3m部分　見原審卷㈦第174頁正頁、本院卷㈠第107頁至第109頁∨。是光盛公司主張之第76期估驗款係包含本項未估驗數量266公尺（計算式：297.3－31.3＝266），再以每公尺單價44,825.41元計算，此部分得請求之金額為11,923,559元（計算式：266× 44,825.41＝11,923,559，小數點以下四捨五入）。

②鋼環片製作及安裝部分：

查，第75次估驗詳細表項次一、7「鋼環片製作及安裝」載明累計估驗數量為687.4環　見原審卷㈠第103頁∨，現場數量統計表則記載現場實際數量係745環　見原審卷㈡第40頁∨，計出未估驗數量為57.6環（計算式：745－687.4＝57.6）。因光盛公司於原審剔除該57.6環部分之報酬即2,638,543.68元，不在本件請求　見原審卷㈦第174頁之書狀∨。是第76期未估驗工程款應扣除此部分數額。

③DB15afaa發進井（ϕ60cm，22cm排樁擋土）部分：

查，第75次估驗詳細表項次一、10「DB15afaa發進井（ϕ60cm，22cm排樁擋土）」載明累計估驗數量為0.9處　見原審卷㈠第103頁∨，現場數量統計表之現場實際數量為1處　見原審卷㈡第40頁∨，堪認未估驗數量為0.1處（計算式：1－0.9＝0.1）。又光盛公司已剔除該0.1處之報酬即738,190.47元，不在本件請求　見原審卷㈦第174頁背頁之書狀∨。是第76期未估驗工程款應扣除738,190.47元。

④圓形推進井（14M≦H≦16M）（特殊岩盤）（800kg/㎠≦QU≦2000kg/㎠）部分：

查，第75次估驗詳細表項次一、47「圓形推進井（14M≦H≦16M）（特殊岩盤）（800kg/㎠≦QU≦2000kg/㎠）」載明累計估驗數量為1座　見原審卷㈠第105頁∨，現場實際數量為4座　見原審卷㈡第43頁∨，是認未估

驗數量為3座。又光盛公司已剔除該3座報酬即1,613,547.96元，不在本件請求（見原審卷㈦第174頁背頁之書狀）。是該部分金額應自光盛公司得請求之76期未估驗工程款扣除。至光盛公司另剔除之項次47-1「圓形推進井（2.5M≦H≦5M）（特殊岩盤）（800kg/㎠≦QU≦2000kg/㎠）」493,567.82元，及項次47-2「圓形推進井（5M≦H≦7M）（特殊岩盤）（800kg/㎠≦QU≦2000kg/㎠）」644,176.35元，亦應自其所得請求之第76期未估驗計價款中扣除。

㈣綜上，光盛公司得請求之第76期未估驗計價工程款為43,720,715元（計算式：37,925,182.13＋11,923,559－2,638,543.68－738,190.47－1,613,547.96－493,567.82－644,176.35＝43,720,715，小數點以下四捨五入），惟光盛公司於本件僅請求30,394,121元，故光盛公司請求第76期未估驗計價工程款30,394,121元，為有理由。

4.第76期物價調整款13,378,216元部分：

光盛公司主張系爭工程僅估驗至第75期（96年5月31日），自96年6月1日以後北市衛工處均未辦理估驗，未估驗之款項共計37,925,182元，物價調整款應為13,378,216元等語，並提出第76次估驗詳細表、96.1.1-96.12.31營建物價指數超過2.5%調整工程費明細總表為證（見原審卷㈠第110頁至第115頁）。經查：

①依契約變更協議書第1條第2項約定：「物價調整之適用期限自96年1月1日起至96年12月31日止施作部分之工程款（包含本次契約變更前已辦理估驗之工程款）。」等語（見原審卷㈠第77頁）可知，物價調整款之適用要件為光盛公司於96年1月1日起至96年12月31日所施作部分之工程款。查，光盛公司係於96年5月31日向北市衛工處申請第75期估驗計價，嗣至97年10月31日始再提出第76期估驗計價單申請估驗計價乙節，有第75期、第76期估驗計價單在卷可稽（見原審卷㈠第102頁、第286頁）

；復參佐系爭工程於98年10月27日竣工，以第75期、第76期估驗計價單提出日期相距長達1年餘，第76期估驗計價單提出日期與竣工日相距又近1年以觀，光盛公司於97年10月31日所提出第76期估驗計價單申請估驗計價之工程項目是否係於96年12月31日前所施作，已有可議，光盛公司復未能舉證第76期估驗計價單申請估驗計價之工程項目係於96年12月31日前施作完成。是光盛公司依契約變更協議書約定請求第76期物價調整款，尚屬無據。

㈡按契約成立後，情事變更，非當時所得預料，而依其原有效果顯失公平者，當事人得聲請法院增、減其給付或變更其他原有之效果。民法第227條之2定有明文。查，系爭工程施工期間，營造工程物價總指數於開標月即91年12月為80.15，竣工月即98年10月係112.81之情，有臺北市營造工程物價總指數銜接表存卷可參（見原審卷㈠第109頁），漲幅為40.75%（計算式：（112.81－80.15）÷80.15＝0.4075，小數點第四位以下四捨五入）。參以光盛公司前述得請求第71期至第75期估驗計價工程款之96年物價調整款，而光盛公司於96年5月31日提出第75期估驗計價單申請估驗計價時之營造工程物價總指數為108.31，漲幅為35.13%（計算式：（108.31－80.15）÷80.15＝0.3513，小數點第四位以下四捨五入），則光盛公司應得請求96年6月1日至98年10月27日竣工時之第76期物價調整款，始為公允。次查，第76期未估驗計價工程款為43,722,714元之情，已如前述，則光盛公司主張第76期未估驗計價工程款為37,925,182元，並以此為計算基準，參酌前述96年物價調整款之計算方式，依民法第227條之2第1項規定，請求北市衛工處給付第76期物價調整款13,378,216元，即為有理由。

5.返還履約保證金本息5,639,355元部分：

依系爭契約第12條第1項第4款、第2項、第3項約定：「乙方

（按即光盛公司）依投標須知所繳納之履約保證金、差額保證金及其孳息，有下列情形之一者，甲方（按即北市衛工處）得不予發還或要求擔保者應履行其擔保責任，其情形屬契約一部未履行者，甲方得視其情形不發還履約保證金、差額保證金及其孳息之一部分。……四、因可歸責於乙方之事由，致部分終止或解除契約者，依該部分所佔契約金額比率計算之保證金；全部終止或解除契約者，全部保證金。」、「前項不予發還之保證金，於依契約規定分次發還之情形，得為尚未發還者；不予發還之孳息，為不予發還之履約保證金於繳納後所生者。」、「除前項情形外，於工程進度分別達到百分之二十五、五十、七十五時，甲方應無息發還相同比例之履約保證金、差額保證金，或依相同比例解除保證責任；於工程全部完工，經甲方驗收合格且無待解決事項後，無息發還賸餘保證金或解除保證責任全部……」等語（見原審卷㈠第25頁至第26頁Ⅴ可知，北市衛工處於系爭工程因可歸責於光盛公司之事由，致部分或全部終止系爭契約時，得不予發還光盛公司所繳納之履約保證金之一部或全部。又依系爭契約第40條第1項第3款約定：「乙方有下列情事之一時，甲方得不經催告，以書面終止或解除本契約，並得以尚未發還乙方之履約保證金、差額保證金、及估驗計價保留款，充作違約金不予發還，甲方因乙方違約而致之損害逾上開金額時，仍得向乙方請求損害賠償。……三、乙方違反本契約或因可歸責於乙方之事由發生不能營運之變故，甲方認為不能履行契約責任時。」等語（見原審卷㈠第34頁Ⅴ可知，倘系爭契約因光盛公司違約，北市衛工處認光盛公司不能履行契約責任時，北市衛工處即得不予發還履約保證金及其孳息，以充作違約金。又依前開第40條第1項約定北市衛工處得以履約保證金、差額保證金、及估驗計價保留款，充作違約金，且因光盛公司違約所受損害逾履約保證金、差額保證金及估驗計價保留款之數額時，就其不足部分仍得向光盛公司請求損害賠償以觀，可知前開第40條第1項約定北市衛工處得以尚

未發還之履約保證金、差額保證金、及估驗計價保留款，充作違約金之性質，係屬損害賠償總額預定性違約金，與系爭契約第39條第1項（逾期之懲罰性違約金）：「乙方未依約定期限完工時，應按逾期之日數，每日給付按結算總價千分之一計算之懲罰性違約金，甲方（按即北市衛工處）得於乙方尚未支領之工程款、保留款、履約保證金或差額保證金內扣除，如有不足，得向乙方追繳；但其最高金額不得超過結算總價百分之二十。」、第33條（驗收及缺失改善）第3項約定：「工程初驗及驗收缺點之改善，乙方應在甲方前項第一次指定期限內修改並於改善期限屆滿之次日辦理複驗。複驗不合格時，自該複驗完成之次日起計算至缺點改善完成之日止，均以逾期論，每日處以按結算總價千分之一計算之違約金，併第39條之規定計算。」 見原審卷㈠第33頁、第31頁Ⅴ所約定之懲罰性違約金性質不同，二者可得併存。查，系爭工程因光盛公司未依系爭契約約定確實履行鑽探義務，並選用適當之潛盾機施作，致潛盾掘進工程推進管線時遇安山岩塊，使施作完成之ϕ1500mm鋼環管線部分管段偏離原設計路徑，管線實際管底高程起伏不一，且非自發進井緩降至到達井容易造成污廢水淤積，無法順利排放，全長有97%區域不符系爭工程規範標準，集污廢水容量僅有原設計規劃之12%效能，縱經缺失改善工程，改善後之效能僅提升至28%，改善效果有限，管線管底仍極易淤積，日後需持續清淤以維持本工程剩餘功能，無法達原設計使用需求，且系爭工程水理使用效能減損之瑕疵，已難經由修補方式回復至系爭契約預定效用，足認光盛公司已無法履行完成符合系爭契約設計使用需求之污水管線之義務，經北市衛工處以光盛公司就驗收不符合契約規定之缺失，經多次複驗及限期改善，均未辦理改善為由，依系爭契約第40條第1項第3款規定終止系爭契約等情，已詳如前述，且施作缺失改善工程費用為8,601,973元，再以一般工程使用年限50年，每3年清淤1次，每次清淤成本2,758,800元計算，北市衛工處嗣後定期持續清淤

，共須支付33,105,600元之清淤成本來維持系爭工程所餘28％功能　見原審卷㈡第255頁至第256頁、第258頁之北市水利技師公會鑑定報告ㄨ，已逾履約保證金本息5,639,355元。是北市衛工處辯稱伊得依系爭契約第40條第1項、第12條第1項約定，將工程進度達75％時原應退還之25％（即2,819,677元）及驗收合格應再退還之25％（即2,819,678元）履約保證金，充作違約金不予發還光盛公司等語，洵屬有據；光盛公司請求北市衛工處返還履約保證金本息5,639,355元，為無理由。

6.綜上，光盛公司得請求北市衛工處給付之金額合計51,144,495元　計算式：201,415元（第74期已估驗計價未發放之工程款）＋21,579元（第75期已估驗計價未發放之工程款）＋4,539,577元（第75期前歷次估驗計價及物價調整款之保留款）＋2,609,587元（96年物價調整款）＋30,394,121元（第76期未估驗計價工程款）＋13,378,216元（第76期物價調整款）＝51,144,495元ㄨ。

㈢北市衛工處主張逾期違約金、違規罰鍰、漏水試驗及公園復舊之費用、充作違約金之5％估驗計價保留款（物價調整款）、及於本院再主張充作違約金之履約保證金本息2,819,677元之抵銷抗辯，有無理由？又抵銷後，光盛公司得請求北市衛工處給付之金額為何？

1.逾期違約金19,939,098元部分：

按當事人得約定債務人於債務不履行時，應支付違約金。違約金，除當事人另有訂定外，視為因不履行而生損害之賠償總額。約定之違約金額過高者，法院得減至相當之數額。民法第250條、第252條分別著有明文。次按約定之違約金額過高者，法院得減至相當之數額，為民法第252條所明定，惟此規定乃係賦與法院得依兩造所提出之事證資料，斟酌社會經濟狀況並平衡兩造利益而為妥適裁量、判斷之權限，非謂法院須依職權蒐集、調查有關當事人約定之違約金額是否有過高之事實，而因此排除債務人就違約金過高之利己事實，

依辯論主義所應負之主張及舉證責任。況違約金之約定，為當事人契約自由、私法自治原則之體現，雙方於訂約時，既已盱衡自己履約之意願、經濟能力、對方違約時自己所受損害之程度等主、客觀因素，本諸自由意識及平等地位自主決定，除非債務人主張並舉證約定之違約金額過高而顯失公平，法院得基於法律之規定，審酌該約定金額是否確有過高情事及應予如何核減至相當數額，以實現社會正義外，當事人均應同受該違約金約定之拘束，法院亦應予以尊重，始符契約約定之本旨。倘債務人於違約時，仍得任意指摘原約定之違約金額過高而要求核減，無異將債務人不履行契約之不利益歸由債權人分攤，不僅對債權人難謂為公平，抑且有礙交易安全及私法秩序之維護（最高法院92年度台上字第2747號民事判決意旨同此見解）。準此，當事人間如有違約金之約定，且有債務不履行情事發生時，債權人即不待舉證證明其所受損害額之多寡，均得依約定請求債務人給付違約金。如債務人主張債權人請求之違約金過高，並請求法院減至相當之數額者，債務人應就約定之違約金過高之有利事實，負舉證責任。經查：

⑴系爭契約第39條（逾期之懲罰性違約金）第1項約定：「乙方（按即光盛公司）未依約定期限完工時，應按逾期之日數，每日給付按結算總價千分之一計算之懲罰性違約金，甲方（按即北市衛工處）得於乙方尚未支領之工程款、保留款、履約保證金或差額保證金內扣除，如有不足，得向乙方追繳；但其最高金額不得超過結算總價百分之二十。」、第33條（驗收及缺失改善）第3項約定：「工程初驗及驗收缺點之改善，乙方應在甲方前項第一次指定期限內修改並於改善期限屆滿之次日辦理複驗。複驗不合格時，自該複驗完成之次日起計算至缺點改善完成之日止，均以逾期論，每日處以按結算總價千分之一計算之違約金，併第39條之規定計算。」等語（見原審卷㈠第33頁、第31頁Ⅴ）。是以，光盛公司施作系爭工程，倘未依約定期限完

工，或初驗驗收缺失經北市衛工處指定期限改善後，經複驗不合格時，自該複驗完成之次日起計算至缺點改善完成之日止，按逾期之日數，每日給付按結算總價1,000分之1計算之逾期違約金，二者合併計算逾期違約金總額不得超過結算總價20％，並應依第39條第1項約定，北市衛工處得於光盛公司尚未支領之工程款、保留款、履約保證金或差額保證金內扣除，如有不足，得向光盛公司追繳差額部分之逾期違約金。查，兩造於98年12月2、3、11日辦理初驗，初驗結果發現DB15afaa-DB15潛盾聯絡管內全線均有污泥淤積未清理，及積水等多項缺失，經北市衛工處當日要求光盛公司應於初驗日起30日內（即99年1月1日止）改善完畢並完成複驗。嗣光盛公司於99年12月29日以（九九）光營北八字第062號書函，申報驗收缺失改善已完成，經北市衛工處以100年1月4日北市工衛北字第09937709300號函同意辦理驗收複驗，兩造於100年1月7日辦理第1次複驗結果，認光盛公司施作之φ1500mm管線全線地面不平整，多處管段有積水及淤泥，不符合契約規定需改善之情形；另經抽驗竣工圖φ1500mm管線管底高程僅管線長度45m~55m、75m~105m兩處符合契約規定，其餘部分均不符合契約規定，並經北市衛工處於該日要求光盛公司儘速修繕；嗣於100年1月31日辦理第2次複驗，仍有φ1500mm管線全線地面不平整，部分管段有積水，及經抽驗竣工圖與初驗竣工圖不同，竣工圖φ1500mm管線管底高程僅管線長度45m~55m、75m~105m兩處符合契約規定，其餘部分均不符合契約規定等不符合契約規定需改善之情形，北市衛工處並於該日要求光盛公司就缺失須改善部分儘速辦理改善等情，有前開初驗紀錄、驗收紀錄附卷可憑　見原審卷㈠第59頁至第60頁、第239頁至第242頁、卷㈡第122頁至第125頁），可知北市衛工處於辦理初驗時，發現DB15afaa-DB15潛盾聯絡管內全線均有污泥淤積未清理，及積水等多項缺失，要求光盛公司應於99年1月1日前改善完畢並完成複驗

；嗣經北市衛工處於100年1月7日辦理第1次複驗，雖有部分管段之污泥淤積、積水有改善，但仍有多處管段有積水及淤泥，不符合契約規定需改善之情形，且另發現管線全線地面不平整，及管線管底高程僅管線長度45m~55m、75m~105m兩處符合契約規定，其餘部分均不符合契約規定，並要求光盛公司儘速修繕；復經北市衛工處於100年1月31日辦理第2次複驗，仍有管線全線地面不平整，部分管段有積水，及管線管底高程僅管線長度45m~55m、75m~105m兩處符合契約規定，其餘部分均不符合契約規定之缺失。顯見光盛公司施作系爭工程管線全線地面不平整、管線管底易淤積淤泥、管線管底高程僅管線長度45m~55m、75m~105m兩處符合契約規定，其餘部分均不符合契約規定，易造成排水不易之瑕疵，經北市衛工處要求改善後，光盛公司於100年1月31日第2次複驗時仍未改善，依系爭契約上開約定，應自100年2月1日起，每日計罰按結算總價1,000分之1計算之違約金，迄至北市衛工處於100年12月20日終止系爭契約生效止，合計322日。又系爭工程第75期前累計估驗計價金額為90,791,737元（含物價調整款及保留款），有估驗計價單在卷可憑　見原審卷㈠第102頁ㄚ，加計前述北市衛工處應給付之96年物價調整款2,609,587元、第76期未估驗計價工程款30,394,121元、第76期物價調整款13,378,216元，系爭工程結算總價為137,173,661元（90,791,737＋2,609,587＋30,394,121＋13,378,216＝137,173,661）。是本件逾期違約金上限金額為27,434,732元（137,173,661× 20％＝27,434,732）。又依光盛公司逾期日數322日計算，北市衛工處就光盛公司逾期改善驗收缺失所得請求之金額為44,169,919元（計算式：137,173,661× 1/1000× 322＝44,169,919，小數點以下四入），已逾逾期違約金上限金額27,434,732元，是北市衛工處僅得於27,434,732元之範圍內為抵銷之抗辯。至兩造就光盛公司逾期竣工日數雖有爭執，惟系爭契約第39條第1項約

定逾期竣工日數，與第33條第3項逾期改善驗收缺失日數，依第33條第3項約定係併計，並以結算總價20％為上限，而光盛公司就逾期改善驗收缺失日數部分既已逾計罰上限20％，本院自無再予詳究論敘逾期竣工日數究為若干日之必要。

⑵光盛公司雖主張違約金之約定過高，應酌減至0元云云。然系爭工程之管線係作為天母○○○區○○道系統主要聯絡管之一，而連接天母石牌地區6條上游管線，並須滿足能同時有效排放該6條管線之預估最高生活污廢水量至中山北路主幹管使用需求　見原審卷㈢第231頁之北市水利技師公會鑑定報告Ⅴ。而污水下水道之建置目的在於收集民眾生活污水，避免混流污水致污染環境，以收有效控制污水及淨化河川之效。光盛公司施作之管線總長664公尺，不符系爭契約施工補充說明書所定規範標準者，即長達644公尺，其施作區域高達97％均不符系爭契約約定；縱經施作缺失改善工程，其效能僅能從改善前之12％提升至28％，距原預定效用100％相差甚遠，仍極易淤積，需花費8,601,973元；再以一般工程壽年50年，每3年清淤1次，每次清淤成本2,758,800元計算，北市衛工處嗣後定期持續清淤，共須支付33,105,600元之清淤成本來維持系爭工程所餘28％功能　見原審卷㈢第255頁至第256頁、第258頁之北市水利技師公會鑑定報告Ⅴ，已逾前述逾期違約金上限金額27,434,732元。顯見因光盛公司施工缺失，不僅影響臺北市民眾於全市公共污水下水道系統完整建置公共利益，亦造成北市衛工處之重大損害，光盛公司復未能舉證證明兩造就前開逾期違約金之約定有何過高之情事。是光盛公司主張違約金之約定過高，應酌減至0元云云，尚難採信。

⑶光盛公司另主張北市衛工處逾期違約金債權已罹民法第514條第1項規定1年時效云云。惟按違約金債權，於因可歸責於債務人事由而債務不履行時，即發生而獨立存在，且

非基於一定法律關係而定期反覆發生之債權，應適用民法第125條所定15年之消滅時效（最高法院106年度台上字第2095號民事判決意旨同此見解）。則北市衛工處自光盛公司違約之100年2月1日起算，至其於原審為逾期違約金債權之抵銷抗辯止，顯未逾15年之消滅時效，光盛公司此部分主張，亦無可採。

⑷綜上，北市衛工處依約得對光盛公司請求之逾期違約金債權為27,434,732元，是北市衛工處僅就逾期違約金債權19,939,098元主張抵銷抗辯為有理由。

2.違規罰鍰11萬元部分：

依系爭契約施工補充說明書第一章一般規定第15條約定：「乙方（按即光盛公司）於承攬期間，應依本工程合約各項有關規定進行各項管理及施工，確實做妥安全措施設置，如因管理維護工作欠缺或因工程延誤致發生任何損害於甲方或第三者時，由乙方負賠償之責，其因而發生國家賠償事件時，甲方（按即北市衛工處）並得行使求償權。」等語（見原審卷㈠第250頁ｖ可知，光盛公司施作系爭工程時，應依系爭契約之相關規定進行施工及管理，並確實做妥安全措施設置，如因管理維護工作欠缺致北市衛工處受有損害時，應負賠償之責。依臺北市政府工務局（下稱北市工務局）新建工程處所掣發之道路既設人（手）孔施工通知單所載，光盛公司分別於100年1月10日至同年月12日、100年1月29日至同年月31日進行複驗改善、高程檢測之施工（見原審卷㈤第154頁至第155頁ｖ。惟光盛公司於100年1月11日，分別在臺北市○○區○○○路○○○○號前方車道、105號對面（振興公園旁）進行啟閉人孔施工，經民眾拍照檢舉施工單位有擅自啟閉人手孔（未張貼路證、所張貼之路證逾期）之違規行為，經北市工務局分別裁罰3萬元、3萬元；另於100年1月29日，分別○○○區○○○路○段和天母東路交岔路口進行啟閉人孔施工、天母西路111號對面進行啟閉人孔施工（張貼錯誤許可文件）之違規行為，經民眾拍照檢舉，北市工務局分別裁

罰3萬元、2萬元，合計11萬元等情，有北市工務局新建工程處其他收入繳款單收執聯、臺北市政府函文、臺北市政府裁處書、民眾舉發照片、北市衛工處函文等為憑　見原審卷㈣第89頁至第104頁）。經核北市府裁處書所載施工地點確係光盛公司系爭工程施工地點，施工時間並與北市衛工處辦理初驗及第1次驗收後，要求光盛公司進行缺失改善之時間相符，堪認係光盛公司為進行複驗改善、高程檢測之施工，未善盡管理維護義務行為，其管理工作之欠缺致北市衛工處受有違規罰鍰之損害。是北市衛工處依施工補充說明書第一章一般規定第15條約定，及民法第227條債務不履行之規定，主張其前開對光盛公司11萬元之損害賠償請求權，於本件為抵銷之抗辯，為有理由，應予准許。光盛公司雖主張系爭工程斯時係停工狀態，且北市衛工處未舉證證明係伊派員至現場施工致遭裁罰，故伊無須負責賠償，又北市衛工處之請求權已罹於1年之時效云云。惟光盛公司於原審已自承伊有進行複驗改善及高程檢測之工作，且衡諸常情，倘非施工單位，其他一般民眾當不致啟閉人手孔，亦無張貼主管單位挖掘許可文件之必要。是上揭啟閉人手孔及未張貼路證、張貼之路證逾期、張貼錯誤許可文件之違規行為，係光盛公司所為，堪可認定。又上述違規罰鍰係北市衛工處就光盛公司未履行管理維護義務行為，得依施工補充說明書第一章一般規定第15條約定行使求償權，其性質非屬光盛公司施作之管線有何未具約定品質或減少、滅失價值、不適於通常或約定使用瑕疵所生之損害賠償請求權，自無民法第514條第1項規定之適用，而應適用民法第125條所定15年之消滅時效。是光盛公司前開主張，尚無可採。

3.漏水試驗費用175,958元、公園復舊費用155,000元部分：

⑴漏水試驗費用：

依系爭契約第33條第1項約定：「初驗或驗收時所需之人員及器具，概由乙方（按即光盛公司）供給。」，系爭契約施工補充說明書第五章第2條約定：「潛盾施工完成後

，管內不得有浮水流動及滴水現象發生，必要時甲方（按即北市衛工處）得視需要辦理漏水試驗，所需費用已包含於合約總價內，不另計價。」等語（見原審卷㈠第31頁、卷㈡第63頁）可知，辦理漏水試驗係光盛公司依約應履行之契約義務，以保證潛盾施工完成後，管內不會有浮水流動及滴水現象發生，辦理漏水試驗之費用已包含於合約總價內，不另計價。且北市衛工處於辦理初驗或驗收時所需之人員及器具，亦應由光盛公司提供；倘北市衛工處認有辦理漏水試驗之必要時，光盛公司應配合辦理，並提供辦理漏水試驗所需之人員及器具，以確認完成之污水管線是否仍有滲漏水，使驗收程序得以順遂完成。若光盛公司未配合辦理，則北市衛工處得依前開約定，自行辦理漏水試驗。查，系爭工程於100年1月31日複驗時，尚有多處積水、滲水之情形未改善，有複驗驗收紀錄可稽（見原審卷㈡第122頁至第124頁），光盛公司完成之工作既有滲、漏水之情，則北市衛工處為辦理後續之複驗工作，自有進行漏水試驗之必要。惟北市衛工處於100年6月8日、22日辦理漏水試驗，光盛公司請假未參與，亦未提供器具材料，北市衛工處乃逕行僱工辦理漏水試驗，共支出175,958元之情，有北市衛工處100年6月15日北市工衛北字第00000000000號、100年7月8日北市工衛北字第10033423400號函、工程結算明細表在卷可佐（見原審卷㈣第105頁、卷㈤第161頁至第162頁）。光盛公司既未依約履行其辦理漏水試驗，使北市衛工處得以確認完成之污水管線是否仍有滲漏水，完成驗收程序之義務，則北市衛工處於複驗發現管線仍有多處積水、滲水之情形未改善，其為辦理後續之複驗工作進行漏水試驗所支出之前開費用，自得依債務不履行之規定，請求光盛公司負賠償之責。是北市衛工處主張伊辦理漏水試驗之費用175,958元，於本件為抵銷之抗辯，為有理由，應予准許。光盛公司雖主張北市衛工處於法定驗收期間外因漏水所生相關費用不應由伊賠償，且此部分

費用已罹於1年之時效云云。然光盛公司於100年1月31日第2次複驗既未完成複驗，並經北市衛工處要求儘速辦理改善，則同年6月仍為系爭契約效力存續期間，而屬驗收程序進行期間，光盛公司仍負有系爭契約第33條第1項義務。另漏水試驗費用係因光盛公司完成之管線於複驗時有滲漏水現象，北市衛工處為確認複驗是否合格而據以辦理驗收，自有辦理漏水試驗之必要，依前述系爭契約施工補充說明書第五章第2條及系爭契約第33條第1項約定，此部分費用本應由光盛公司負擔，則北市衛工處因光盛公司未依約履行而自行僱工辦理漏水試驗所生費用，對光盛公司得以主張債務不履行損害賠償請求權之時效，即無民法第514條第1項規定1年時效之適用，而應適用民法第125條所定15年之消滅時效。是光盛公司此部分主張，亦無可採。

⑵公園復舊費用：

依系爭契約施工補充說明書第十章（雜項工程）第1條約定：「地面復舊包括因施工需要所設之工作井、人孔或觀測孔及其他臨時設施完成後，以及現有道路路面及邊溝等原有設施因施工而遭受破壞，應恢復原狀者。」等語　見原審卷㈡第66頁Ⅴ可知，光盛公司因施工而破壞現有設施時，負有恢復原狀之義務。查，兩造於99年2月10日至臺北市○○○路○○○號對面北投9號公園辦理會勘，會勘結論：「㈠光盛營造（第八期分管網第四標）不能配合工程進度提交原點交之復舊材料，為利工進，請97年度用戶開口標承商中佑營造先自行購置復舊材料，再由第八期分管網第四標工程款內扣除。……㈢前述材料由中佑營造先行購置並核實支付承商後，屆時衛工處再依採購內容扣除光盛營造工程款項……」等語　見原審㈡第68頁至第69頁Ⅴ，可證光盛公司無法配合工程進度提交原點交之復舊材料，乃與北市衛工處約定復舊工作由北市衛工處自行雇工完成，再自光盛公司之工程款扣除。北市衛工處嗣後委由訴外人中佑營造工程有限公司進行復舊作業，並支出155,000

元乙節，有工料明細、結算彙整表、新增單價議定書、第3次變更新增工程項目詳細表及單價分析表營繕工程結算明細表存卷可參　見原審卷㈡第174頁至第197頁ｖ。是北市衛工處主張依兩造前開約定，將公園復舊費用155,000元與光盛公司之本件請求為抵銷抗辯，應屬可採。至光盛公司依上開補充說明書第十章第1項約定，就其因施工所破壞現場既有設施，應負回復原狀之責，並非因工作物本體有瑕疵所生之損害，與民法第495條第1項規定無涉。是光盛公司主張北市衛工處此部分費用請求權已罹於第514條第1項規定之1年時效云云，亦不可採。

4.充作違約金之5%估驗計價保留款（含物價調整保留款）8,849,536元部分：

承前所述，北市衛工處因光盛公司違反系爭契約，且認光盛公司不能履行契約責任，已依系爭契約第40條第1項第3款規定終止系爭契約，則其自得依系爭契約第40條第1項約定，將系爭工程之5%估驗計價保留款（含物價調整保留款）充作違約金不予發還光盛公司。而依第76期估價計價單所示，系爭工程之5%估驗計價保留款（含物價調整款）累計為5,024,538元　見原審卷㈠第286頁ｖ。是北市衛工處主張將前揭款項充作違約金為有理由。又此部分估驗計價保留款性質係違約金，並非民法第495條第1項所定損害賠償性質，應適用民法第125條前段規定15年時效，光盛公司主張此部分抵銷債權已罹民法第514條第1項1年短期時效云云，並不可採。

5.於本院再主張充作違約金之履約保證金本息2,819,677元部分：

承前所述，北市衛工處因光盛公司違反系爭契約，且認光盛公司不能履行契約責任，已依系爭契約第40條第1項第3款規定終止系爭契約，則其自得依系爭契約第40條第1項約定，將履約保證金本息充作違約金不予發還光盛公司。而北市衛工處於100年12月20日終止系爭契約後，光盛公司施作系爭

工程進度已達75%，應退還75%履約保證金，扣除已核退之50%履約保證金，尚須發還25%履約保證金，經北市衛工處於101年12月28日向銀行實行質權匯回5,639,355元本息，應退還之2,819,677元本息，充作違約金不予退還等情，有北市衛工處103年1月29日北市工衛北字第10330460800號函在卷可參（見原審卷㈡第285頁至第289頁）。是北市衛工處此部分抵銷抗辯，為有理由。

6.綜上，北市衛工處得主張抵銷之金額合計28,224,271元【計算式：19,939,098元（逾期違約金）＋110,000元（違規罰鍰）＋175,958元（漏水試驗費用）＋155,000元（公園復舊費用）＋5,024,538元（5%估驗計價保留款（含物價調整保留款））＋2,819,677元（履約保證金）＝28,224,271】。從而，光盛公司得請求北市衛工處之金額為22,920,224元（計算式：51,144,495－28,224,271＝22,920,224）。

㈣北市衛工處反訴請求光盛公司給付4,995,183元本息，及追加請求光盛公司給付3,715,660元本息，有無理由？

承上所述，北市衛工處於本訴抵銷抗辯後，已無餘額得向光盛公司為請求。是北市衛工處主張就其前開本訴抵銷抗辯後之餘額，依系爭契約第39條第1項、第40條第1項、施工補充說明書第一章一般規定第15條、第五章第2條、第十章第1條約定，於原審反訴請求光盛公司給付4,995,183元本息，及於本院追加請求光盛公司給付3,715,660元本息部分，均為無理由。

七、綜上所述，光盛公司依系爭契約第9條第1項、第12條第3項、契約變更協議書第1條第2項約定、民法第227條之2第1項之規定，請求北市衛工處給付22,920,224元，及自起訴狀繕本送達之翌日即102年1月16日（繕本於102年1月15日送達北市衛工處-見原審卷㈠第134頁之送達證書）起至清償日止，按週利率5%計算之利息部分，為有理由，應予准許；逾此部分之請求，為無理由，不應准許。另北市衛工處原審反訴請求光盛公司給付4,995,183元本息部分，亦為無理由。從

而，原審就上開應准許部分中之1,407,783元本息部分，為光盛公司勝訴之判決，並就此部分依兩造聲請分別為准、免假執行之諭知，核無不合；至其餘21,512,441元（計算式：22,920,224－1,407,783＝21,512,441）本息部分，為光盛公司敗訴之判決，並駁回此部分假執行之聲請，尚有未合，光盛公司上訴意旨指摘原判決此部分不當，求予廢棄改判，為有理由，爰由本院予以廢棄改判如主文第2項所示。另前開不應准許部分，原審分別為光盛公司及北市衛工處敗訴之判決，並駁回各該部分假執行之聲請，及前開判命北市衛工處給付1,407,783元本息部分，並為准免假執行之諭知，均核無不合，兩造此部分之上訴，均無理由，均應予以駁回。又北市衛工處追加請求3,715,660元本息部分，亦為無理由，應予駁回，其此部分假執行之聲請失所附麗，亦應併予駁回。又本院判命給付部分，兩造均陳明願供擔保宣告准免假執行，經核均無不合，爰分別酌定相當擔保金額准許之。

八、本件事證已臻明確，兩造其餘之攻擊或防禦方法及所用之證據，經本院斟酌後，認為均不足以影響本判決之結果，爰不逐一論列，附此敘明。

九、據上論結，本件光盛公司之上訴為一部有理由、一部無理由，北市衛工處之上訴及追加之訴均為無理由，依民事訴訟法第450條、第449條第1項、第78條、第79條、第463條、第390條第2項、第392條第2項，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　9　　月　　3　　日

民事第十庭

審判長法　官　黃嘉烈

法　官　陳筱蓉

法　官　高明德

正本係照原本作成。

如不服本判決，應於收受送達後20日內向本院提出上訴書狀，其未表明上訴理由者，應於提出上訴後20日內向本院補提理由書狀（均須按他造當事人之人數附繕本）上訴時應提出委任律師或具

有律師資格之人之委任狀；委任有律師資格者，另應附具律師資格證書及釋明委任人與受任人有民事訴訟法第466 條之1第1項但書或第2項（詳附註）所定關係之釋明文書影本。如委任律師提起上訴者，應一併繳納上訴審裁判費。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　9　　月　　3　　日

書記官　郭彥琪

附註：

民事訴訟法第466條之1（第1項、第2項）：

對於第二審判決上訴，上訴人應委任律師為訴訟代理人。但上訴人或其法定代理人具有律師資格者，不在此限。

上訴人之配偶、三親等內之血親、二親等內之姻親，或上訴人為法人、中央或地方機關時，其所屬專任人員具有律師資格並經法院認為適當者，亦得為第三審訴訟代理人。